

CAPÍTULO 1 EL DERECHO TRADICIONAL DE LA INDIA

406. Las sastras. La civilización de la India tiene fundamentos totalmente distintos de aquellos de la Cristiandad o incluso del Islam.¹ Los cristianos, musulmanes y judíos encuentran en las Santas Escrituras los fundamentos de principio que regulan la conducta de los hombres provistos de un alma; quienes tienen un mismo valor frente a la divinidad, a imagen y semejanza de la cual fueron creados. Para el hinduismo, el universo entero es Dios: el hombre forma parte de una parcela de la divinidad; al igual que un tigre o un rosal. Estas parcelas de divinidad, en esencia semejantes, se presentan bajo aspectos diferentes; hay una jerarquía y una complementariedad entre las diferentes criaturas. Los hombres están marcados por categorías sociales a las cuales pertenecen por virtud de su nacimiento. Cada categoría de hombre se beneficia de derechos y se encuentra obligado a tareas que le son propias de su categoría.

Las reglas relativas a la conducta de los hombres están expuestas en obras, llamadas sastras (ciencias) que están clasificadas en tres géneros, que corresponden a los tres móviles que pueden determinar este comportamiento: virtud, interés y placer. El dharma-sastra indica las reglas de la vida moral cuya finalidad es la beatitud eterna. La artha-sastra es la ciencia de lo útil y de la política, que enseña a los hombres el arte de enriquecerse y al príncipe el arte de gobernar. El kama-sastra desarrolla las reglas relativas al cuerpo, susceptibles de asegurar una vida larga y agradable.

Dharma, artha y kama son los tres conjuntos de reglas legítimas y necesarias; estas reglas empero no se imponen a todos de la misma manera. Si bien las reglas del kama son comunes a todos los hombres y a todas las mujeres, las reglas del dharma y de la artha se aplican a las categorías de personas a las que están destinadas. Así el dharma se impone de manera rigurosa a los brahmanes; por su parte la artha rige la conducta de los dirigentes y de los comerciantes. Las mujeres están dispensadas de los rigores del dharma; por lo general también se encuentran exentas de las reglas del artha en la medida en que no omitan las actividades que las requieren. El dharma, por su misma naturaleza, goza de una gran relevancia en la filosofía hindú; sin embargo, la importancia del artha o del kama no puede soslayarse.

Las ciencias del dharma es la que concierne más a lo que en la actualidad es propio del ámbito del derecho; y por consiguiente son las de mayor interés para el jurista. Sin embargo, el derecho contenido en las dharmasastras no es un derecho concebido a la manera occidental. Ahí se encuentra a la vez el modelo ideal hacia el cual se debe tender y las reglas mínimas aparejadas de las sanciones respectivas.

¹ M. Biarreau, *Clefs pour la pensée hindoue*, 1972; L. Dumont, *Homo hierarchicus*. Ensayo sobre el sistema de castas, 1906.

407. El dharma. El dharma se funda sobre la creencia que existe un orden del universo, inherente a la naturaleza de las cosas que no debe perturbar el hombre. Prescribe las leyes morales que deben observarse para evitar toda amenaza a este orden normativo o para restaurarlo, de ser necesario. El dharma se refiere de igual manera a la conducta de los hombres en su conjunto. El dharma no diferencia entre obligaciones religiosas y obligaciones propiamente jurídicas. En esa forma prescribe a los hindúes la penitencia a la que deben someterse cuando han infringido la ley y las ocasiones con la que deben ofrecer sacrificios. La idea moderna de “derechos subjetivos” es totalmente extraña al dharma.

El dharma gravita en torno a la concepción de obligaciones, y no a la de derechos; las reglas del drama le indican a cada miembro de la comunidad cómo debe regir su conducta, si pretende ser un hombre de bien, así como de cualquier otra inquietud que pudiera albergar. Las obligaciones que se imponen en esa forma varían según la casta, el sexo y la etapa de la vida.² Aunque no haya sanciones para la mayoría de las reglas, la creencia en la metempsicosis³ obliga a los miembros de la comunidad a resignarse. Aquellos que han descuidado sus obligaciones durante su vida activa estarán obligados a recomponerlas en más adelante.

La autoridad del dharma proviene de la veneración que se tiene por aquello que han expresado los sabios de los tiempos que supieron desentrañar la vida a seguir y tuvieron una visión verdadera del orden divino.

408. Dharmasastras y nibandhas. Los primeros escritos relativos al dharma aparecen aproximadamente a partir del siglo VI a.C. Se denominaban dharmasastras al glosario de máximas que se transmitían a través de la tradición oral. Las máximas, que se contienen en el más célebre de los glosarios, que es el de Gautama, seguían ya un orden, que sería poco modificado ulteriormente. Los verdaderos tratados que siguieron, los dharmasastras, se produjeron durante todo un milenio y están escritos en dísticos⁴ que resultan sencillos de memorizar.

Una cantidad significativa de obras que fueron escritas en esta materia conforme a la tradición, deben ser consideradas como obras de dharma y gozaban de la misma autoridad. Las dharmasastras, que totalizan un número cercano a cien, forman un todo, sin que la fecha en la cual fueron escritos tenga relevancia alguna; deben analizarse en su conjunto para conocer el dharma. El análisis de comprender el conjunto de dharmasastras debe evitar tomar en forma aislada una obra en particular; el análisis debe hacer abstracción de lo prestigiosa que ésta pudiera ser; las sastras se explican y se complementan unas con otras.

Sin embargo al compararse los tratados de diversas épocas, se puede constatar que no se trata de obras repetitivas. Gautama escribió para una sociedad pastoral, Manou para una sociedad agrícola, Yanavalkya para una sociedad comerciante. Por otra parte, en Manou el derecho se

2 Sobre las distinciones fundamentales (castas y edades) hechas en la sociedad hindú, véase R. Lingat, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Mouton 1967, p. 42 y s.

3 Nota del Traductor. La metempsicosis es una doctrina religiosa y filosófica de varias escuelas orientales y renovadas por otras de Occidente, según la cual las almas transmigran después de la muerte a otros cuerpos más o menos perfectos, conforme a los merecimientos alcanzados en la existencia anterior.

4 Nota del Traductor. El dístico es una composición usual en la poesía griega y latina que consta de dos versos por lo común un hexámetro seguido de un pentámetro.

distingue con dificultad de los otros ámbitos, en Yanavalkya, el derecho se encuentra separado como un elemento autónomo; por su parte Narada se ocupa únicamente del derecho.⁵

Se ignora la razón por la cual la fuente de las dharmasastras se agotó hacia el siglo VI, época en la cual aparecen los comentarios, los nibandhas. Los nibandhas tienen por objetivo esclarecer el sentido con frecuencia obscuro de las dharmasastras, de hacerlas inteligibles para los avezados, de resolver también contradicciones aparentes entre las diversas dharmasastras. Ciertos nibandhas se refieren al conjunto del dharma, otros lo hacen respecto de una institución particular y por esta razón se singularizan como tratados de derecho. Sus autores son a veces conocidos y en otras ocasiones, anónimos. Las tareas relativas a la glosa de las dharmasastras continuó hasta fines del siglo XVII.

El dharma es uno, y no puede ser conocido más que considerando el conjunto de dharmasastras. Sin embargo en materias particulares, uno de ellos puede ser el único conocido o preferido, como lo puede ser otro en otra región; en esa forma ciertos grupos sociales de la India pueden estar sujetos a la autoridad de un nibandha y otros a la autoridad de otro nibandha. En los tiempos modernos, dos nibandhas principales han sido elaborados, el Mitakshara y el Dayabhaga. La escuela de Dayabhaga prevalece en la región de Bengala y en el Assam;⁶ en tanto la escuela Mitakshara rige en el resto de la India. Tanto el Mitakshara y el Dayabhaga observan cada una sub-divisiones regionales. Estas escuelas, tienen como en los ritos del Islam, un ámbito geográfico, referido al estatuto personal, que vincula a los individuos en cualquier lugar en el que se encuentren.

409. Dharma y costumbre. La conducta de los miembros de la comunidad no podría estar exclusivamente regulada por el dharma, ya que éste admite la costumbre contra legem así como la costumbre praeter legem. Las dharmasastras precisan con puntualidad que si en una región, una casta o in linaje, existe una costumbre bien arraigada, esta costumbre debe prevalecer en su aplicación. En las relaciones entre partes que estén sometidas a diferentes costumbres, es el dharmasastra el que se aplica; por sí solo el dharmasastra tiene el estatuto de derecho común.

A las partes, sometidas a la misma costumbre, se les posibilita empero, también buscar la solución de sus controversias en las sastras. Esta libertad de elección reconoce sus orígenes en la religión hindú. La religión hindú no es un conjunto de dogmas que se imponen en su integridad, sino un medio que ofrece diversas vías. Cada casta e incluso cada individuo eligen su propia vía, que puede cambiar con el curso de la vida, generalmente por el acceso a un grado superior. El derecho que está vinculado a esta religión tiene el mismo carácter. Resulta interesante destacar que en la India francesa, después de haberse promulgado el Code Civil, Francia dejó a los hindus la misma posibilidad de adhesión voluntaria, parcial o total al Code Civil.⁷

Cuando la costumbre no se pronuncia en la especie, se hace imperativo recurrir a las dharmasastras. Si tampoco se identifica una solución, se recurre a la razón y a la equidad. Las

5 G. David, Los viejos códigos de la India. *Revue juridique et politique- Indépendance et Coopération*, 3 y 4, enero-junio 1986, pp. 602 y ss.

6 Nota del traductor. La región de Assam, forma parte de la Unión hindú; su parte montañosa le fue amputada a Birmania (hoy Myanmar). Su capital es Dispur; tiene importantes recursos naturales y le asegura a la India más de la mitad de la producción de su petróleo.

7 Orden gubernativa del 8 de enero de 1819 del gobernante de los asentamientos franceses de la India, véase *Revue de droit comparé*, Pondichéry, vol. VII, 1990, p. 29.

dharmasastras mismas invitan al individuo a actuar y al juez a dirimir, conforme a la justicia, a la equidad y a la conciencia, en el supuesto en que ninguna regla de derecho estricto se impone a ellos.

En lo que concierne al lugar de la costumbre en la India, es interesante señalar el caso del país tamil⁸ que se encuentra asentado en el extremo sur de la península hindu, donde la ley es totalmente costumbrista. Las dharmasastras se aplican prácticamente en forma exclusiva a los brahmanes. La costumbre por su parte, ha sido elaborada con el transcurso de los siglos. Se ha deliberadamente conservado bajo la forma oral. La explicación consiste en que en el país tamil, el derecho sostiene la vinculación a un derecho oral que es conocido por toda la comunidad, y no a un derecho escrito que es conocido sólo por especialistas. Esta concepción original del derecho y de su función perduró hasta fines del siglo XIX; y desapareció cuando la Administración británica impuso su derecho a toda la India.

410. Legislación y jurisprudencia. En el derecho hindú se acepta que el soberano legisle. El arte de gobernar y las instituciones de derecho público provienen de la artha, no del dharma. El dharma obliga al cumplimiento de las órdenes legítimas del soberano, pero por su naturaleza permanece al margen del ámbito de éste. La legislación y las órdenes del soberano carecen de efectos en el dharma, son medidas que se dictan en razón a su oportunidad, de carácter temporal que se justifican por las circunstancias. La legislación constituye, en relación a las dharmasastras, un corpus normativo de derecho equivalente a la costumbre.

Por el contrario la jurisprudencia era prácticamente inexistente, en este derecho, hasta la instalación de los tribunales europeos. La justicia era esencialmente oral, la redacción de la sentencia se reducía a los puntos resolutivos. Sin embargo, ciertos precedentes de carácter excepcional, que estaban guardados en la memoria colectiva, podían llegar a tener una influencia relativa. Adicionalmente, la administración de justicia, conducida por un colegio de sabios (de la casta o de la aldea) o por el príncipe o su delegado, se fundaban en el dharma, en la costumbre o en el edicto real aún cuando la ponderación de los hechos resultaban esenciales; no se aplicaban estrictamente los principios a los hechos analizados preliminarmente; se juzgaban más bien hechos sin decantarlos en su totalidad con un conocimiento general de las reglas. Las reglas no se precisaban, a menos que el análisis de los hechos no condujera a un veredicto satisfactorio.

411. Doctrina moderna. La doctrina hindú se extinguió con el siglo XVII. Las personas con un muy buen conocimiento de las dharmasastras muy pronto resultaron marginales. Aquellos que conservaban algún conocimiento se consideran más sanscritistas que juristas. El derecho hindú perdió su relevancia; fue reemplazado en gran parte por el *common law*; el derecho de las personas fue la única disciplina que prevalece dentro del hindú. Pero aún en ese ámbito, los manuales están publicados en lengua inglesa e incluyen las leyes modernas y los precedentes de las cortes. Se puede aún en estos manuales identificar algunos capítulos dedicados al viejo derecho hindú, que si bien están expuestos de manera sumaria, no por ello pierden su interés.

⁸ Nota del traductor. La cultura tamil pertenece a un pueblo que no tiene raíces arias; proviene de la rama draviniana que habita en el sudeste de la India y forma parte de Sri Lanka que es el antiguo Ceilán.

412. La dominación islámica. La incursión musulmana se inició en el siglo VIII en la provincia limítrofe de Sind.⁹ Una invasión de mayor envergadura sucedió en el siglo XII y se prolongó hasta el siglo XIV con flujos y reflujos. La dominación musulmana que se dio en el siglo XVI tuvo un doble efecto: un cierto retroceso del derecho hindú y la penetración del derecho musulmán.

En la región donde la supremacía musulmana se implantó sólidamente, el derecho musulmán, reemplazó al derecho hindú, como derecho oficial, sin embargo nunca se aplicó en el ámbito del derecho de las personas. Las controversias entre hindúes no se resolvían por los tribunales oficiales; se resolvían por los notables de la aldea o de la casta. Como la mayoría de la población era hindú, el sistema de derecho hindú conservó todo su vigor. El nuevo derecho no permaneció incólume; los hindúes recibieron algunas instituciones del derecho musulmán, como el testamento.

La población hindú que se convirtió al Islam no adoptó inmediatamente el derecho vinculado a la nueva religión; el reemplazo de este derecho fue progresivo. En ciertas regiones las viejas tradiciones se conservaron. Fue hasta 1937 cuando el conflicto entre la comunidad islámica y la hinduista alcanzó su apogeo que la Asamblea legislativa central se vio obligada a vincular a toda la comunidad musulmana sin excepción al derecho de su religión por la llamada Muslim Personal Law (Shariat) Application Act. A pesar de la promulgación de esta ley, en la práctica los hindúes de religión musulmana continuaron practicando sus viejas costumbres.

Dos tendencias opusieron a los partidarios del derecho musulmán: la primera tendencia predicaba la fidelidad a la tradición; la otra tendencia preconizaba interpretar las fuentes del derecho según las necesidades del lugar y del tiempo. La primera tendencia prevaleció y el derecho musulmán de la India se vio atrapado por el inmovilismo. Después de la independencia algunas tímidas reformas fueron realizadas en Pakistán a través de la vía legislativa; en la India nada de eso ocurrió. El gobierno hindú, tratando de evitar las querellas religiosas, únicamente aceptó intervenir en el estatuto personal de otras comunidades religiosas a petición de parte. Los líderes religiosos musulmanes estaban poco dispuestos al cambio y se negaban a reconocer la atribución al Parlamento hindú, dominado precisamente por hindúes, de modificar la ley musulmana. En términos generales los musulmanes en contadas ocasiones desahogaban sus controversias ante los tribunales oficiales. Sin embargo el derecho musulmán forma hoy parte del corpus normativo de la India; se enseña en las facultades y escuelas de derecho y se aplica, en lo que concierne al derecho de las personas, a aproximadamente 115 millones de habitantes.

413. La dominación británica. La dominación británica sobre la India se efectuó progresivamente a lo largo del siglo XVIII. En 1800 los ingleses se habían convertido en la potencia colonial incuestionable. Medio siglo más tarde pudieron unificar toda la India, lo que ningún conquistador había logrado hasta entonces.

Conforme al principio que constantemente dominó su política, los ingleses no buscaron imponer a sus nuevos súbditos el *common law*. Fueron tolerantes en que poblaciones completas de la India, esencialmente en materia de derecho privado, pudieran observar sus reglas de

⁹ Nota del traductor. La región de Sind se encuentra en lo que actualmente es Pakistán; es una región semidesértica. Sin embargo su valle está irrigado, lo que la ha convertido en una de las regiones más importantes productoras de algodón a nivel universal.

derecho ancestrales. El establecimiento de la dominación británica tuvo no obstante sobre la evolución de derecho hindú, una influencia determinante. Durante el periodo islámico la parte del derecho hindú había disminuido pero conservaba su relevancia; el derecho hindú había continuado evolucionando lentamente según su propio carácter. Bajo el imperio de la administración británica sectores cada vez más importantes de la vida social fueron sometidos a un nuevo derecho de influencia inglesa, aplicable a todos los habitantes de la India, abstracción hecha de su pertenencia religiosa.¹⁰ Los derechos hindú y musulmán fueron puestos en situación de igualdad, considerándolos como leyes de excepción. La ley de inspiración inglesa tendería a convertirse en la *lex loci*.

Por otra parte, la instrucción, de inspiración inglesa, que fue impuesta, puso en predicamento los fundamentos de la civilización hindú. Incluso el derecho de las personas tuvo modificaciones profundas. El centro de gravedad del derecho hindú de las personas, radica en la creencia de un hindú de recibir ofrendas de los descendientes hombres, después de su muerte durante tres generaciones, para alcanzar la beatitud eterna. Todas las reglas de matrimonio, de filiación, de adopción, de sucesión y de la comunidad de bienes familiares provienen de este principio fundamental. El abandono de este principio vuelve consecuentemente frágiles las reglas que se desprenden de dicho principio.

414. El recurso a los *pundits*. Aun cuándo en su inicio haya existido el ánimo de respetar fielmente las reglas del derecho hindú, este ánimo no pudo concretarse ya que los nuevos dirigentes de la India ignoraban la naturaleza y el contenido de estos derechos. En un principio se llegó a pensar que las *dharmastras* contenían el derecho positivo de la India. Pero las obras que lo desarrollaban estaban escritas en una lengua que les era extraña, y su complejidad los desconcertaba. Para superar estos obstáculos, se consideró en varias ocasiones propiciar una codificación.¹¹ Con la esperanza que la codificación pudiera realizarse, se decidió que a la jurisdicción tuvieran acceso expertos en letras sánscritas, los *pundits*, que sugerirían, en base de las *dharmastras* y *nibandhas*, la solución aplicable a cada controversia. Hasta 1864 la función del juez consistió solamente en darle fuerza ejecutoria a la decisión que los “*pundits*” le indicaban cómo debía ser resuelta una controversia.

415. El empleo de otras técnicas. Los *pundits* fueron, el objeto de críticas vehementes. Se les acusó de haber sido banales, de haber mal interpretado los textos del derecho hindú, e incluso de haber incurrido en serios errores. En efecto, el fundamento sobre el que estaba fundado el recurso a los *pundits* era erróneo. No era posible derivar exclusivamente de los libros sagrados la solución de las controversias, ya que las reglas de derecho expuestas en estos libros no

10 J.D.M. Derrett, *The administration of Hindu law by the British-Comparative Studies in Society and History*, vol. IV, 1961, pp. 10-52.

11 Sir William Johns Lord Cornwallis en 1788 impulsó un movimiento de codificación del derecho hindú de contratos y de sucesiones, sobre el modelo de los “*inestimables Pandectas de Justinien*”. Esta obra se terminó en 1797 por el *pandit* Jaganatha y fue traducido al inglés por Colebrooke. La idea de expresar el derecho hindú en un texto de ley moderno sería impulsada ulteriormente por la primera Comisión legislativa constituida en 1833, véase *infra* 427.

constituían más que un ideal; para su aplicación se requería de una gran flexibilidad para ponderar las costumbres y la equidad.

A los jueces británicos les provocaba una gran incomodidad, que sus resoluciones tuvieran como límite darle fuerza ejecutoria a las sugerencias de los pundits. El sistema que había sido seguido pareció obsoleto, cuando fueron publicadas en el idioma inglés suficientes traducciones de los libros del dharma, así como libros de derecho y particularmente compendios de jurisprudencia relativos al derecho hindú. Fue entonces cuando pudo hacerse palpable, el error que venía cometiéndose, lo que ya la ciencia venía denunciando, y que consistía en confundir el carácter y la autoridad del dharma.¹²

¿Cuál era la política judicial que debía seguirse? La respuesta estuvo muy lejos de ser uniforme. Los tribunales eran en la época sumamente independientes, unos de otros. En el Norte y en el Centro de la India se habían recopilado las costumbres de las poblaciones, que debían de observarse; en el Sur por el contrario, en la Corte de Madrás, se persistía en los errores anteriores al considerar que la sociedad parecía haberse acomodado relativamente bien, y que la certidumbre en las relaciones jurídicas provenía de la observancia de los precedentes.¹³

416. La deformación sufrida por el derecho hindú. La manera en que el derecho hindú fue aplicado, suscitó muchas críticas en uno y otro caso. Los jueces, cuyo mandato consistía en aplicar las reglas del dharma, carecían del conocimiento para poder cumplir este mandato. Máxime si se considera que solo un tercio, pero no más de la mitad de las dharmasastras, habían sido traducidas al idioma inglés; en consecuencia los jueces únicamente tenían acceso exclusivamente a un conocimiento parcial de un sistema, que requería ser conocido en la totalidad de sus fuentes. En esta forma se aplicaron reglas que, o bien no habían jamás sido plenamente reconocidas o bien habían caído en desuso. Al pretender aplicar las costumbres, los jueces ingleses se expusieron a aceptar demasiado fácil, aquellas obras escritas por autores europeos que pretendidamente describían con fidelidad la costumbre, cuando los autores europeos no siemprehabían visto o comprendido en toda su complejidad las concepciones y costumbres hindúes.¹⁴ La infinita variedad y el mismo carácter de estas costumbres no pudieron jamás ser comprendidos por los juristas europeos habituados a la idea de una ley común; por su parte los

12 J. H. Nelson se refiere en 1881 al “monstruo llamado derecho hindú” en, *Prospectus of the scientific study of the Hindu Law*. John D. Maine por su parte resaltó que se había reaccionado como si se hubiera querido aplicar ese derecho en la propia Inglaterra, por personas que habían tenido a su disposición exclusivamente el Glanville, Fleta, Bracton, y Coke (*Hindu Law and Usage*, 6ta ed., 1900, p. 44).

13 “Considero como algo grotesco y absurdo”, determinó un juez de esta corte, “aplicar a Maravans la doctrina del derecho hindú. En este momento sin embargo, es demasiado tarde para actuar conforme a mis convicciones que tengo de este absurdo; no quiero empero que se piense que no lo había percibido.”(*Kattama Nachiar v. Dorasinga Tevar* – 1868, 5.H.H.C.R.310., per J. Holloway).

La Madras Civil Court Act de 1873 le dio efecto a “toda costumbre que tiene fuerza de ley y que se aplica a las personas y a los bienes”; sin embargo la High Court de Madrás acotó el efecto a estas disposiciones en asuntos provenientes de la costa Oeste de la provincia (costa Malabar) donde la costumbre matriarcal era radicalmente diferente de las concepciones del derecho hindú.

14 Un autor del prestigio de Sir Henry Maine, *verbi gratia* pecó por exceso de sistema, en la descripción que hizo de los partidarios del derecho hindú; la influencia que este autor ejerció sobre las Cortes terminó por generar la deformación de este derecho. Cf. J.D.M. Derrett, “The Development of the Concept of Property in India c.A. 800-1800”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1962, pp. 15-130.

jueces británicos, conforme a sus métodos propios, otorgaron a los precedentes judiciales una autoridad que jamás había sido reconocida por la tradición hindú. La necesidad de emplear una terminología jurídica inglesa, inadecuada para expresar los conceptos del derecho hindú, fue otra causa de distorsión de este derecho.

Las distorsiones respetaron del derecho hindú en algunas ocasiones resultaron benéficas ya que llegaron a modernizarlo, respetando su espíritu. Los tribunales flexibilizaron, a través de consideraciones de buena fe y de equidad, las reglas provenientes de la tradición, que pudieran resultar extremas o anacrónicas. No todos los cambios empero, fueron siempre favorables.

En los jueces operó en consecuencia una recepción de costumbres nuevas; se reconoció la validez de la disposición de última voluntad, cuándo se expandió la práctica hindú del testamento, que ignoraba completamente el derecho hindú.¹⁵ En algunas ocasiones se llegó demasiado lejos; en efecto se pretendió modificar el derecho hindú, especialmente cuando los jueces se impactaban por algunas de sus soluciones, sin percatarse que las alteraciones que introducían podían ser injustas en el medio de la sociedad hindú. Los jueces ingleses traspusieron también las reglas relativas al sistema probatorio del derecho inglés que alteraron las condiciones de aplicación del derecho hindú.¹⁶ Las instituciones traspuestas tomadas de la equity inglesa, como el mecanismo del trust, fueron recurrentemente invocadas para regular las relaciones entre los miembros de una comunidad de bienes familiares o el estatuto de las fundaciones caritativas hindúes. Así la obligación de las deudas contraídas por los ascendientes fue acotada al valor de los bienes relictos. Los jueces británicos, motivados por consideraciones de progreso económico, hicieron trepidar, a través de algunas reformas aparentemente inofensivas, instituciones fundamentales del derecho hindú. En este contexto los jueces británicos acordaron a los miembros de una comunidad de bienes familiares, el derecho de vender su parte alícuota, y reconocerles a los adquirentes la acción de la división de la cosa común.

Por efecto de estas diversas medidas, el derecho hindú, durante el periodo de dominación británica, sufrió numerosas modificaciones. Sin lugar a duda una sociedad que tendía a volverse más urbana y por consiguiente, más centralizada y que se encontraba sometida a la economía de mercado, requería de modificaciones; pero las que fueron realizadas, no constituyen una evolución del derecho hindú.

417. La limitación del ámbito del derecho hindú. La dominación británica no tuvo sólo por efecto deformar de alguna forma el derecho hindú; tuvo también por consecuencia confinarlo a ciertos ámbitos.

El hinduismo, cuyo fundamento filosófico consiste en asignar a cada acto del hombre un valor espiritual, tiene por vocación regular en todos sus aspectos la vida social; apta para formular para todas las situaciones, reglas de conducta adecuadas. Es cierto que con el advenimiento de la dominación británica, sólo ciertas categorías de relaciones que concernían a una economía esencialmente agrícola y rural, fueron objeto de una reglamentación más sofisticada.. Se llegaron a implementar de igual manera reglas que implicaban la organización de la familia o de las

15 Soorjeemoney Dossey v. Deno Bundoo Mallick, 1862, 9 Moo 1.A. 128, 156. No existía ninguna palabra para designar el término "testamento" en sánscrito.

16 S. Venkataraman, "Influence of the *common law* and equity on the personal law of the Hindus" (Revista del Instituto de Derecho Comparado), 8-9, 1957, p. 156-179.

castas, el régimen de la tierra, y el derecho de sucesiones. En otros ámbitos el derecho hindú permaneció poco desarrollado. Incumplir con el pago de sus deudas, el dharma simplemente lo reprobaba; pero el derecho hindú no preveía una sanción específica por la mora del deudor.

La dominación británica impidió el desarrollo que el derecho hindú hubiera podido tener, en la reglamentación de las nuevas relaciones propias de la evolución de la sociedad. A partir de ese momento, el derecho hindú fue aplicado por las Cortes exclusivamente en ciertos ámbitos específicos: sucesiones, matrimonio, adopción, tutela, mantenimiento, castas, usos e instituciones vinculadas a la religión. En los otros ámbitos fue el derecho inglés que progresivamente se aplicó en la India.

Cuando interactúan dos derechos, es el más desarrollado el que prevalece, a menos que una intervención gubernamental eficaz, pudiera llegar a impedirlo. Esta intervención, cómo era de esperarse, no sucedió en la India. El reemplazo de los derechos hindú e islámico, por el derecho inglés, se produjo por la vía de la competencia. Así, en las jurisdicciones de Bombay,¹⁷ Calcuta y Madrás se convino que el derecho inglés se aplicara en las relaciones entre europeos y que el derecho hindú de los contratos, debía ser aplicado cuando la parte demanda fuere hindú. Sin embargo, este principio no fue observado en la práctica. Por un lado, las partes frecuentemente las partes convenían someter sus relaciones contractuales, al derecho inglés que contenía mayor certeza; por otra parte, la interpretación del derecho hindú, se hacía conforme al espíritu inglés, por jueces que resultaban totalmente extraños a la civilización de la India.¹⁸

418. La legislación británica en materia de derecho hindú. Los británicos se propusieron que el derecho de las personas, en el derecho hindú permaneciera inalterado. Sin embargo, ciertas modificaciones les parecían inevitables y para ello alentaron a los reformadores hindúes¹⁹ a llevarlo a cabo. Es cierto que ciertas prácticas hindúes se habían expandido, y que la elite hindú había estado en contacto con las ideas occidentales y conforme a esta nueva óptica se confrontaban con esas prácticas que las juzgaban, obsoletas. La Administración británica en la India intervino con mucha reserva y promulgó exclusivamente reglas de derecho con alcances muy limitados. La primera iniciativa data de 1856. Una ley suprimió la prohibición del matrimonio de viudas; esta ley permaneció, empero sin efecto. Esto obedeció a que por una parte, y conforme a la tradición el matrimonio debía concluirse por los padres de los esposos y por la otra la percepción social de la sociedad respecto de las viudas no había cambiado. Algunas provincias de la India llegaron a alentar el segundo matrimonio de viudas, y para ello ofrecieron una “prima”, pero con poco éxito. El problema, sin embargo, perdió su interés; gracias a los progresos de la medicina: hay menos viudas jóvenes.

El fracaso de la ley persuadió a las autoridades británicas a limitar su intervención. No fue sino hasta 1929 que una ley determinará la edad mínima requerida para el matrimonio (18 años para los varones y 14 para las mujeres); el derecho hindú carecía de cualquier disposición en este sentido. Para asegurar la observancia de la ley el legislador previó sanciones penales. Sin

17 Nota del traductor. La Ciudad de Bombay cambió recientemente al nombre de Mumbai; es el principal puerto de la India y la capital de la provincia de Maharashtra.

18 M.S. Jain, “The Law of Contract before the Codification” (*Journal of the Indian Law Institute*), 1972, pp. 178-204.

19 J.D.M. Derrett, *Hindu Law Past and Present*, 1957, pp. 24 y ss.

embargo, nada o muy poco llegó a cambiar. La edad para contraer matrimonio aumentó lentamente, pero atribuido a otros factores. En algunas provincias de la India, la edad media para contraer matrimonio es todavía de doce años para las mujeres; ¡no resulta extraño enterarse de matrimonio de niñas de 3 años!

Diversas leyes inglesas intentaron acotar algunas limitaciones a la comunidad de bienes familiares, sin duda la institución más importante del derecho hindú, tanto por su originalidad, cómo por su función en la vida material de los hindúes. Esta comunidad de bienes familiares, está compuesta por un padre de familia y por todos los descendientes varones en línea recta consanguínea paterna, hasta la tercera generación. Cuando el padre de familia fallece, los descendientes varones de la cuarta generación ascienden a la comunidad, y el de mayor edad entre los miembros de esa comunidad se convierte en el pater familias. Los miembros de la comunidad están perfectamente legitimados a separarse y crear nuevas comunidades. Los bienes familiares comunes incluyen los bienes ancestrales, las adquisiciones efectuadas con ayuda de sus bienes, las adquisiciones hechas conjuntamente por miembros de la comunidad y los bienes propios entregados voluntariamente a la comunidad. Los bienes comunes son administrados por el líder de la comunidad.

La dominación británica introdujo dos grandes fisuras a esta institución. La primera fisura se provocó por la “Hindu Gains of Learning Act” de 1930. Conforme a la tradición de la comunidad, los salarios de un miembro, que haya obtenido una formación superior, gracias a los recursos puestos a su disposición por la comunidad, le pertenecía a la comunidad. La Administración británica estaba convencida que una disposición de esta naturaleza, disuadía el esfuerzo individual y obstaculizaba el progreso económico. La nueva ley confirió un derecho exclusivo a los miembros de la comunidad sobre su salario. El efecto no fue muy favorable ya que en la práctica resultaba sumamente complicado para los asalariados, que vivían en la comunidad, hacer valer ese derecho. Si por una parte, estas nuevas disposiciones los incitaban a abandonar la comunidad, ésta dejaría de ayudarlos, lo que finalmente impediría el progreso anhelado. Esta ley resultó ser un tanto prematura.

La Hindu Women’s Property Act de 1937 introdujo una segunda reforma. Conforme a la tradición, las mujeres carecían de todo derecho sobre los bienes de la comunidad. Cuando una de ellas enviudaba, no tenía ningún derecho sobre los bienes relictos de su marido. Para remediar esta situación, el legislador confirió a la viuda sobre los bienes relictos de su marido un derecho sucesorio en plena igualdad con sus hijos y, respecto a los bienes de la comunidad a la que pertenecía su marido, le asistía, conforme a las nuevas disposiciones, los mismos derechos que le pertenecían a su difunto marido. El derecho que se le confería a la viuda, sin embargo, era exclusivamente un derecho de goce que se extinguía a su muerte; los bienes le eran restituidos virtualmente a su marido y eran transmitidos a quienes tenían la calidad de herederos en la fecha del fallecimiento de la viuda; el alma del marido se mantenía en la persona de la viuda y abandonaba este mundo conjuntamente con ella. Este sistema demasiado complejo ha sido fuente de litigio. Si bien, las reformas emprendidas por los británicos para modificar el derecho hindú no fueron siempre bien adoptadas, gestaron un movimiento reformador, que se extendería después de la independencia.

419. La independencia. Después del advenimiento de la independencia de la India en 1947, el Parlamento modernizó el derecho hindú de manera más radical; se constituyeron diversos comités oficiales para reformar este derecho y sistematizarlo bajo la forma de un código. Cuando se presentó el proyecto al Parlamento, dos tendencias se opusieron: una de ellas pretendía vaciar

prácticamente al derecho hindú tradicional de su contenido para modernizarlo; la otra por el contrario quería conservarlo prácticamente intacto o por lo menos conservar sus fundamentos. Los partidarios de la segunda tendencia se percataron rápidamente que no podrían resistirse al celo de los reformadores, y condicionaron su aprobación a la premisa que el código fuera común a todos los hindúes, es decir, aplicable también a los musulmanes sabiendo de antemano que éstos no lo aceptarían nunca.

Finalmente se pudo llegar a una solución de compromiso: se fragmentó al código hindú en muchas leyes independientes. Se preservó la parte relativa a la comunidad de bienes familiares ya que los hindúes vinculados fuertemente a sus tradiciones, se oponían radicalmente a cualquier modificación de esta institución. La primera ley promulgada fue la relativa al matrimonio y al divorcio (The Hindu Marriage Act, 1955). Esta ley contenía modificaciones substanciales a la ley hindú. La casta deja de ser un obstáculo; se abolió la poligamia; se admitió el divorcio, pero sólo aquél que fuera pronunciado por un tribunal; se ampliaron las causales del divorcio y se admitió el divorcio por mutuo consentimiento. En el análisis se puede concluir que la ley hindú en su formato actual es muy similar a una ley europea. A pesar de estas reformas subsisten importantes reminiscencias de la tradición: la ley dispone que el matrimonio será celebrado conforme a las costumbres de las partes contrayentes. El matrimonio se continúa celebrando, conforme a la tradición, con todas las palabras rituales. Es la antigua ley la que se graba en el espíritu de los jóvenes casados. El divorcio se introduce lentamente en las costumbres, más sin embargo la mujer hindú divorciada no tiene grandes oportunidades de volver a contraer nupcias.

En 1956, se promulgaron otras leyes: The Hindu Minority and Guardianship Act, The Hindu Adoption and Maintenance Act, The Hindu Succession Act.

La primera de ellas relativa a la mayoría de edad no contiene modificaciones tan importantes como la ley sobre el matrimonio. En el viejo derecho hindú, del nacimiento a los ocho años, el niño no tenía más derecho que un niño concebido, de ocho a dieciséis años el niño tenía plena personalidad jurídica, pero sujeto a incapacidad. La nueva ley suprime esta distinción y fija a dieciocho años la mayoría de edad.

El derecho hindú conocía seis formas de filiación legítima y seis formas de adopción. Entre los niños naturales se distinguían aquellos nacidos de relaciones permanentes y aquellos resultantes de contactos efímeros. Todas estas formas fueron suprimidas. La nueva ley retuvo una sola forma de filiación legítima, una sola forma de filiación natural y una sola forma de adopción. Conforme a la tradición la mujer no podía adoptar, salvo para ejecutar la voluntad de su difunto marido. La nueva ley reconoce a la mujer el derecho de adopción sin limitación alguna.

Al reformar el derecho de sucesiones, el legislador logró acceder a una fórmula de compromiso. Intentó conciliar los antiguos principios y las aspiraciones modernas. La distinción entre la restitución de la sucesión del varón y aquella de la mujer, se mantuvo. La regla tradicional, conforme a la cual los bienes relictos del varón eran transmitidos exclusivamente a sus descendientes varones, se mantuvo pero se acotó a la primera generación.

En la sucesión de la mujer, se abolieron la restitución exclusiva a las descendientes femeninas, la distinción entre mujer casada y mujer soltera y en el primer caso, según la forma del matrimonio desapareció, sólo subsiste la distinción según el origen de los bienes. En caso de ausencia de herederos de la primera generación, los bienes provenientes de los padres de la mujer se transmiten a los otros herederos de esos padres y en su defecto al Estado. Los bienes

provenientes del marido o del suegro pasarán a los herederos del marido y en su defecto al Estado.²⁰

Aun cuándo esta ley no se haya referido expresamente a la comunidad de bienes, ciertas de sus disposiciones, la altera seriamente. Los bienes, respecto a los cuales las mujeres recibían únicamente el usufructo vitalicio a partir de la ley de 1937, los adquiere ahora en plena propiedad. La ley de 1956 reconoce a los miembros de la comunidad el derecho de disponer de su parte alícuota por vía testamentaria.

420. El carácter de la evolución. El derecho hindú sufrió profundas reformas. El predominio de las costumbres no se reconoce más y se puede únicamente recurrir a ella en los casos enunciados por la ley. Aquí se observa un gran cambio, en relación al pasado. De mencionarse también, son las reformas importantes que se promulgaron para reconocer la igualdad de los sexos. Es un cambio radical en un derecho en donde la mujer tenía una personalidad jurídica muy disminuida y se le conceptuaba como formando parte integral de su marido.

421. ¿Derecho hindú o derecho de la India? El derecho hindú modificado se aplica exclusivamente a la población de la región hindú o perteneciente al hinduismo. Si bien es cierto que se aplica a la mayoría de la población, excluye de su ámbito material de validez a los musulmanes (12%), a las tribus (8%), a los cristianos (7%) y a otras minorías religiosas que observan la ley que se vincula con su religión.

Los fundadores de la independencia tenían el propósito de suprimir estas distinciones y de proveer, en el derecho de las personas, un derecho hindú que fuese aplicable a todos. El artículo 44 de la Constitución de la India previó la elaboración de un Código Civil que fuera común para todos los ciudadanos de la India. Ninguna medida, empero, ha podido tomarse para aplicar esta disposición, en gran medida por la oposición sistemática de los líderes religiosos musulmanes. Para sólo mencionar un aspecto, la tentativa que se pretendió en dos ocasiones en materia de adopción fracasó.

El movimiento hacia la elaboración de un Código Civil común, sin embargo, puede sostenerse que empezó, desde tiempos de los británicos, mediante la promulgación de leyes relativas al derecho de las personas como la “Indian Succession Act, de 1925”. A la *lex loci* se le consideró como ley aplicable a las controversias propias del derecho internacional privado. Las reglas relativas a la apertura de la sucesión, las transacciones de la partición sucesoria y las liberalidades se uniformaron y se aplicaron a toda la sociedad. Sólo las reglas relativas a la restitución sucesoria contenidas en esta ley no se aplican a los hindúes, ni a los musulmanes; en este ámbito, el derecho de las personas, continúa siendo una ley de excepción. Estas disposiciones se aplican exclusivamente a los cristianos.

La Special Marriage Act, de 1954, que rige el matrimonio entre personas de religiones diferentes debe ser insertada en el mismo movimiento. La promulgación de esta ley sin resistencia alguna, da cuenta de la revolución que se produjo en las ideas. Sir Henry Maine, todo un siglo antes, había elaborado, un proyecto similar de ley, pero ese proyecto muy pronto debió ser abandonado a causa del cuestionamiento unánime que había suscitado, “obispos, pundits,

20 David Annoussamy, *Le jeu des principes dans le droit successoral hindou*, *R.J.P.I.C.*, 2, abril-junio 1984, p. 509.

rabinos, mobeds (líderes religiosos parsis) y mullahs” estuvieron por primera vez en completo acuerdo para oponerse a esa ley.²¹

422. El nuevo derecho y las costumbres tradicionales. El derecho hindú tradicional se modificó profundamente por la élite hindú; esta élite de formación inglesa, recibió un mandato para gobernar el país. Sin embargo, esta élite jamás se interrogó si estas modificaciones eran realmente deseadas o incluso aceptables para la mayoría de la población que se mantenía altamente vinculada a su tradición. En consecuencia es válido cuestionarse en qué medida el derecho oficial, redactado en lengua inglesa, corresponde al derecho aplicable de la India. El legislador puede, con un simple trazo de pluma, pretender abolir la intocabilidad, autorizar los matrimonios inter-castas, proscribir la poligamia, entre otros. Lo que resulta imposible empero, es súbitamente cambiar costumbres y maneras de pensar enraizadas desde hace siglos y vinculadas a creencias religiosas. Esta vinculación varía evidentemente según los grados de instrucción y de urbanización. Para percatarse de lo anterior, es importante mencionar, que el setenta por ciento de los hindúes viven en aldeas y el restante veinte por ciento de los habitantes de ciudades son ciudadanos pero de fecha reciente. Esta población se encuentra arraigada a la costumbre, ya sea que se trate de instituciones cuasi-religiosas y de eventos importantes como el nacimiento, los matrimonios o los decesos. Cualquier novedad está proscrita y acompañada de un halo de mala fortuna.

La institución de la comunidad de bienes familiares, que los reformadores pretendían suprimir, conserva en la actualidad una función importante, y que conlleva ventajas económicas, para las explotaciones agrícolas y para las empresas comerciales e industriales. La comunidad de bienes familiares, es una forma de sociedad que constituye una muy buena respuesta para las necesidades actuales. El derecho hindú penetra, por esta vía, en el derecho mercantil. Cuando se explota una área específica en forma exclusiva por los miembros de una familia, lo que es relativamente frecuente, no le serán aplicadas las reglas del derecho mercantil hindú, que se contienen en la Indian Partnership Act, 1932. Por lo tanto, las relaciones entre los asociados estarán sujetas a las reglas de la comunidad de bienes familiares. Es de puntualizarse que a la comunidad de bienes se le considera como una unidad fiscal para el impuesto sobre la renta, aún cuando carezca de una actividad económica común,

Sin lugar a duda, el legislador hindú intentó de proveer a la India de un sistema de derecho, con una clara influencia del derecho inglés. Sin embargo, la preocupación de no abandonar de no abandonar la tradición esta muy presente entre la población.

21 S.G. Vezey-Fitzgerald, “The projected codification of Hindu Law”, 29, *J. of Comp. Legislation*, 1947, pp. 19-32.